

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad

Boor, W.P.

2007

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Boor, W. P., (2007). *Case note: Hoge Raad*, No. 8, Mar 10, 2006. (Administratiefrechtelijke beslissingen; Vol. 2007, No. 2).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

HOGE RAAD 10 maart 2006 (Nr. 39 339), *LJN* AU7739  
(Mrs. Pos, Monné, Van Amersfoort, Leemreis, Van Maanen)  
HOF 's-Hertogenbosch, Eerste meervoudige belastingkamer, 3 februari 2003 (Nr. 02/0415)

[Essentie] **Openbaar lichaam, zelfstandig bestuursorgaan, publiekrechtelijk lichaam**

De vroegere Rijksdienst van het Kadaster en de Openbare registers is bij de Organisatiewet Kadaster verzelfstandigd tot de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (het Kadaster). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het Kadaster een publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandig bestuursorgaan is met eigen rechtspersoonlijkheid. Uit de Kadasterwet volgt dat het Kadaster een publiekrechtelijk lichaam is, belast met de uitoefening van publieke taken.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 15, eerste lid, onderdeel c, Wet BRV blijkt dat de wetgever heeft beoogd zoveel mogelijk publiekrechtelijke lichamen te betrekken in de vrijstelling. Er is geen aanwijzing dat de wetgever met de woorden ‘in de zin van artikel 134 van de Grondwet’ enige bepaalde (beperkende) betekenis van openbaar lichaam op het oog heeft gehad. Bovendien zijn de grenzen van het begrip ‘openbaar lichaam’ in art. 134 Grondwet niet scherp omschreven. Gelet op dit een en ander is het Kadaster voor de toepassing van art. 15, eerste lid, onderdeel c, Wet BRV aan te merken als een ‘openbaar lichaam in de zin van art. 134 Gw’.

Noot

1. In het staatsrecht kennen wij de begrippen openbaar lichaam en publiekrechtelijke rechtspersoon. In veel situaties is het verschil niet relevant. Uit de zgn. Pikmeer-jurisprudentie blijkt dat het verschil rechtsgevolg kan hebben (zie HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 en HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367). Op grond van deze jurisprudentie genieten ‘openbare lichamen als bedoeld in hoofdstuk 7 Grondwet’ onder voorwaarden strafrechtelijke immuniteit. In bovenstaand arrest is een ander rechtsgevolg aan de orde: in de Wet belastingen van rechtsverkeer (hierna: WBR) is een aantal overheidsorganisaties vrijgesteld van het betalen van overdrachtsbelasting. Volgens art. 15 lid 1, aanhef en onderdeel c WBR geldt dit onder meer voor Staat, provincie, gemeente, en ‘een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet.’ Art. 134 Gw geeft de wetgever de bevoegdheid openbare lichamen voor beroep en bedrijf en ‘andere openbare lichamen’ in te stellen. Het is met name de categorie ‘andere openbare lichamen’ die problemen oplevert, zo blijkt uit de schaarse jurisprudentie. In de onderhavige casus beriep de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: het Kadaster) zich op deze status om in aanmerking te komen voor de vrijstelling als bedoeld in de WBR. Na voldoening van een bedrag van f 774.000,- aan overdrachtsbelasting was bezwaar gemaakt bij de Inspecteur der belastingen. Het bezwaar werd ongegrond verklaard, evenals het bij het Hof 's Hertogenbosch (hierna: het Hof) ingestelde beroep. De Hoge Raad echter verklaarde het cassatieberoep, in navolging van de A-G, gegrond.

2. Uit oogpunt van rechtseenheid is dit opmerkelijk, gezien een eerder arrest van de Hoge Raad (HR 10 november 1987, *NJ* 1988, 303). In die zaak werd de Hoge Raad gevraagd te oordelen over de vraag of openbare universiteiten tot de categorie ‘andere openbare lichamen’ in de zin art. 134 Gw behoren. De Rijksuniversiteit Groningen (RUG) beriep zich op deze status om aan strafvervolging door het OM te ontkomen. De Hoge Raad overwoog kortweg dat openbare universiteiten gezien wettelijke benaming (in de toen vigerende Wet op het wetenschappelijk onderwijs wordt de term ‘openbare instelling’ gebruikt) en stelsel van de wet, ‘met name voor wat betreft bestuur en inrichting’ geen

openbare lichamen zijn (r.o. 5.3). In het onderhavige arrest zijn de overwegingen weliswaar uitgebreider, maar van gedeeltelijk andere aard, en als gezegd, is de uitkomst anders. De Hoge Raad wijdt geen overwegingen aan de aanduiding door de wetgever, wel aan het stelsel van de Organisatiewet Kadaster (hierna: de Organisatiewet) en aan de bedoelingen van de wetgever van de WBR. Hij stelt allereerst vast dat het Kadaster, zijnde een zelfstandig bestuursorgaan, een publiekrechtelijk lichaam met publieke taken is (r.o. 3.2). Gezien de hoedanigheid van publiekrechtelijk lichaam, zo oordeelt de Hoge Raad, heeft het Kadaster recht op de vrijstelling van de WBR (r.o. 3.4, 4<sup>e</sup> zin). De overwegingen die voorafgaan aan dit oordeel zijn gebaseerd op de totstandkomingsgeschiedenis van de WBR, en vallen in tweeën uiteen. In de eerste plaats beredeneert de Hoge Raad dat de wetgever van de WBR beoogd heeft ‘zoveel mogelijk lichamen’ in de vrijstellingen te betrekken (r.o. 3.4, 1<sup>e</sup> zin). In de tweede plaats stelt de Hoge Raad vast dat de totstandkomingsgeschiedenis geen aanwijzing bevat ‘dat de wetgever met de toevoeging van de woorden “in de zin van artikel 162 (later: 134) van de Grondwet” aan het begrip “openbaar lichaam” enige bepaalde (beperkende) betekenis op het oog heeft gehad’ (r.o. 3.4, 2<sup>e</sup> zin). Bovendien, zo overweegt de Hoge Raad, zijn ‘de grenzen van het begrip “(andere) openbare lichamen” in het kader van artikel 134 van de Grondwet niet scherp omschreven’ (r.o. 3.4, 3<sup>e</sup> zin).

3. Met name de laatstgenoemde overweging lijkt te suggereren dat het begrip openbare lichamen in de zin van art. 134 Gw onvoldoende onderscheidend vermogen bezit. Dat is opmerkelijk uit oogpunt van rechtsvinding, want in het positieve recht en in de doctrine zijn zeer zeker aanknopingspunten te vinden met behulp waarvan de grenzen van dit begrip omschreven kunnen worden. En deze grenzen zijn zodanig dat niemand met enig verstand van zaken van het staatsrecht zal beweren dat het Kadaster binnen deze grenzen valt.

4. Zo is in de grondwetsgeschiedenis van art. 134 Gw een scherpe grens te vinden ten aanzien van de categorie ‘andere openbare lichamen’. In de memorie van toelichting op art. 134 Gw stelt de grondwetgever dat ‘aan de wetgever [wordt] overgelaten welke van de instellingen (...) tot deze categorie behoren’ (*Kamerstukken II* 1975/76, 13994, nr. 3, p. 4). Vervolgens wordt een tweetal criteria gegeven: de wetgever kan dit expliciet bepalen, maar het kan ‘ook’ blijken uit het stelsel van de wet (uit het gebruik van het woord ‘ook’ maak ik op dat het om niet-cumulatieve criteria gaat). Op het tweede, inhoudelijke criterium kom ik later terug, maar toepassing van het eerste, formele criterium maakt al duidelijk dat het Kadaster geen openbaar lichaam is in de zin van art. 134 Gw. In de tekst van de Organisatiewet wordt het Kadaster een ‘dienst’ genoemd, geen openbaar lichaam, en ontbreekt een verwijzing naar art. 134 Gw. Evenmin blijkt uit aanhef of memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1992/93, 23007, nr. 3) dat de wetgever toepassing heeft willen geven aan art. 134 Gw. De Hoge Raad wijdt in het onderhavige arrest geen woord aan deze gezaghebbende bron. De A-G evenmin, althans niet expliciet. Hij lijkt het criterium weinig belang toe te kennen met zijn vaststelling dat, hoewel de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) in art. 17 AdvWet een ‘publiekrechtelijk lichaam’ genoemd wordt in plaats van een openbaar lichaam, er toch in de doctrine geen twijfel bestaat over de status als 134 Gw-lichaam (zie r.o. 7.1). Maar de reden dat er geen twijfel bestaat over de art. 134 Gw-status van de NOvA is de expliciete verwijzing naar art. 134 Gw in deze instellingswet (net als in de instellingswetten van de zes andere beroepslichamen). Evenzo voldoen de bedrijfslichamen als bedoeld in de Wet op de Bedrijfsorganisatie (die niet door de SER, zoals de A-G schrijft in r.o. 7.3, maar door de regering bij AMvB worden

ingesteld) aan dit formele vereiste, aangezien in de aanhef van deze wet wordt verwezen naar art. 134 Gw.

5. De doctrine heeft dit formele criterium niet eensgezind overgenomen (wel te vinden bij o.a. J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss.), Deventer: Kluwer 1989, p. 10; J.B.J.M. ten Berge & S.E. Zijlstra, *Hand. NJV 2000-I*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, § 3.3; P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel I*, Deventer: Kluwer 2001, p. 185, alsook in de kabinetsnota 'Functioneel bestuur, waarom en hoe?', *Kamerstukken II* 1990/91, 21042, nr. 4, p. 8), maar lijkt meer aansluiting te zoeken bij het tweede criterium, het stelsel van de wet. Dat is, toegegeven, een wat vaag criterium, maar suggereert dat er inhoudelijke kenmerken zijn op grond waarvan 134 Gw-lichamen onderscheiden kunnen worden van andere overheidsorganisaties. Nu worden in de doctrine diverse kenmerken genoemd, maar bestudering van de (voor een deel ook bij de A-G genoemde) literatuur leert dat men opvallend eensgezind is in zijn definities ten aanzien van één kenmerk: het democratische element. Dit element wordt, zij het onder verschillende omschrijvingen (de verbandsgedachte, gemeenschapsgedachte, d.w.z. een kring van personen, leden, belanghebbenden, die de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op het bestuur) gezien als *het* onderscheidende kenmerk van openbare lichamen. Zie o.a. de handboeken C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 540, onder verwijzing naar J.C.E. Ackermans-Wijn (diss.) 1989, p. 9-10; L. Prakke e.a., *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 695; W. Konijnenbelt & R. v. Male, *Van Wijk - Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005, p. 82 (onder verwijzing naar Van der Pot-Donner en Kortmann), F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 34-35; J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 86-87; De Haan, Fernhout & Drupsteen 2001 p. 183-184; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 50. De reden dat een meerderheid van schrijvers dit element als belangrijkste kenmerk van een openbaar lichaam ziet, is te vinden in het tweede lid van art. 134 Gw, waarin de wetgever de bevoegdheid wordt verleend verordenende bevoegdheid toe te kennen aan openbare lichamen. Uitgaande van het democratisch-rechtsstatelijke beginsel dat verordenende bevoegdheid uitgeoefend dient te worden door die organen die enige vorm van democratische legitimatie hebben (en ervan uitgaande dat de grondwetgever dit beginsel eerbiedigt), lijkt me dat art. 134 Gw het democratische element vereist.

6. Duidelijk is dat het Kadaster ook niet binnen deze begrenzing van het begrip openbaar lichaam valt. Het democratische element ontbreekt bij de organen: noch het bestuur, noch de raad van toezicht, beschikken over enige vorm van democratische legitimatie. Evenmin kan de binnen het Kadaster functionerende gebruikersraad gezien worden als een controlerend orgaan met een democratische legitimatie, zoals het Hof terecht oordeelt (r.o. 4.2.4, laatste alinea). Blijkens de wettelijke taakstelling in art. 16-16a Organisatiewet is deze gebruikersraad een interne adviesraad, bestaande uit de grootste afnemers van diensten van het Kadaster. Gezien de consensus in de doctrine is het vreemd dat de Hoge Raad evenmin aan dit aspect een overweging wijdt, en dat de A-G deze consensus niet destilleert uit de door hem aangehaalde literatuur (zie r.o. 5.19, en r.o. 9.3, tweede alinea). Overigens, ter aanvulling op hetgeen de A-G opmerkt in r.o. 7.3 ten aanzien van het Commissariaat voor de Media: de aanduiding door de regering van het Commissariaat voor de Media als 134 Gw-lichaam (*Kamerstukken II* 1985/86, 19136 nr. 7 MvA, p. 47)

heeft zij herroepen tijdens de behandeling door de Eerste Kamer, met als argument dat de gemeenschapsgedachte ontbreekt (*Kamerstukken I* 1986/87, 19136, nr. 27b MvA, p. 19).

7. De Hoge Raad gaat wel in op het ontbreken van verordenende bevoegdheid (r.o. 3.4 laatste zin). Uit de facultatieve redactie van art. 134 lid 2 Grondwet leidt de Hoge Raad af dat de wetgever niet verplicht is tot het toekennen van verordenende bevoegdheid, en dus betekent het ontbreken daarvan niet dat geen sprake is van een openbaar lichaam. Een bevoegdheid is geen plicht, dat is natuurlijk zo, maar organisatierechtelijk ligt het niet voor de hand om een openbaar lichaam in te stellen als deze geen verordenende bevoegdheid krijgt toegekend, aangezien dit nu net de bedoeling was, getuige de discussies in de beginjaren van de twintigste eeuw (zie hierover de door de A-G aangehaalde Th. Bellekom e.a., *Koopmans' Compendium van het staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 84, en o.a. F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Arnhem: S. Gouda Quint 1925, p. 334-336; W.G. Verkruisen, "Artikel 134" in: P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 1076 e.v.). Maar wat hier ook van zij, uitgaande van het standpunt van de Hoge Raad moeten dan toch *andere* kenmerken bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een 134 Gw-lichaam.

8. Nu is het niet zo dat de Hoge Raad het inhoudelijke criterium laat liggen, maar de kenmerken die de Hoge Raad wel uit het stelsel van de wet haalt zijn niet relevant. Het Kadaster is inderdaad een zelfstandig bestuursorgaan (juister gezegd: de organen van het Kadaster zijn zelfstandige bestuursorganen). Het Kadaster is immers privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid verleend door een publiekrechtelijke rechtshandeling (zie art. 2 lid 1 Organisatiewet), en is daarmee een rechtspersoon naar publiekrecht. De organen van het Kadaster zijn derhalve bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 onder a van de Algemene wet bestuursrecht, en deze organen voldoen aan de zbo-definitie van art. 124a Aanwijzingen voor de regelgeving: een bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid, niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister, en geen adviescollege als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges (vgl. S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss.), 's Gravenhage: VUGA 1997, h. 3, § 5). Volgens de Organisatiewet kan de minister het bestuur van het Kadaster geen individuele aanwijzingen geven, maar heeft deze slechts bevoegdheden op organisatorisch vlak (bijv. benoeming, schorsing en ontslag van het bestuur). Uit de Organisatiewet blijkt voorts niets van een externe adviestaak- of bevoegdheid. Maar de vaststelling is irrelevant omdat hiermee nog niets vaststaat voor wat betreft de kwalificatie als 134 Gw-lichaam. Duidelijk is dat het begrip zbo niet identiek is met het begrip 134 Gw-lichaam; het onderscheid tussen deze twee wordt in de literatuur algemeen gedragen (zie bijv. P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout 2001, p. 183 e.v. en p. 196 e.v.). Voor de beantwoording van de vraag of de organen van openbare lichamen als bedoeld in artikel 134 Gw als zbo's aangemerkt kunnen worden (en hierover bestaat wel discussie, zie bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, "PBO en ZBO: slechts één letter verschil?" (Preadvis Vereniging Agrarisch Recht), *Agrarisch recht*, 2005-5, p. 262-271) moet eerst worden vastgesteld of sprake is van een 134 Gw-lichaam, en dat is de rechtsvraag in dit geschil.

9. Evenmin relevant lijkt mij de kwalificatie als 'publiekrechtelijk lichaam'. Deze kwalificatie heeft slechts betekenis voor zover daarmee wordt gedoeld op het begrip lichaam in art. 2:1 lid 2 BW. In dit artikel wordt bepaald op welke wijze overheidsinstellingen privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid verkrijgen. In het tweede lid wordt aangeknoopt bij de overheidstaak: is daarvan sprake, dan kan de wetgever

privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid verlenen. Volgens het eerste lid hebben van rechtswege privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid de daar met name genoemde Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, en de 'lichamen' aan wie krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend. In dit lid wordt dus aangeknoopt bij de openbare lichamen zoals bedoeld in de Grondwet (zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 229; J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 54). Het tweede lid vormt een restcategorie. Uit de parlementaire geschiedenis van Boek 2 BW blijkt dat aan het in dat lid gebruikte begrip lichamen 'zeer ruime betekenis' moet worden gehecht. Sterker nog: uit dezelfde passage blijkt dat men om die reden niet het begrip 'openbare lichamen' wilde bezigen (zie C.J. van Zeben (red.), *PG NBW. Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer/Antwerpen: Kluwer z.j., p. 64, en uitgebreid Peters (diss.) 1997 h. 3, § 4). De term is dus geen synoniem voor de term 'openbaar lichaam in de zin van art. 134 Gw' zoals de Hoge Raad lijkt te suggereren. Als gezegd moet het gebruik van de term 'publiekrechtelijk lichaam' in de instellingswet van de Nederlandse Orde van Advocaten gezien worden als een misslag.

10. Duidelijk is dat het Kadaster, hoe de grenzen van het begrip openbaar lichaam ook getrokken worden, geen 134 Gw-lichaam is, nu het noch door de wetgever op enigerlei wijze als zodanig wordt aangeduid, noch beschikt over organen met enige vorm van democratische legitimatie. Als bepalend is, zoals de Hoge Raad ten onrechte overweegt, dat het Kadaster een zbo met rechtspersoonlijkheid, en/of een publiekrechtelijk lichaam is, dan worden de grenzen van het begrip openbaar lichaam zo ruim getrokken dat het begrip inderdaad onvoldoende onderscheidend vermogen bezit.

11. Los hiervan staat de vraag (die de Hoge Raad eigenlijk als eerste beantwoordt) of het de bedoeling van de wetgever is geweest vrijstelling te verlenen aan zoveel mogelijk overheidsorganisaties. Als je deze vraag bevestigend beantwoordt, zoals de Hoge Raad doet onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis, dan is de vraag of het Kadaster een 134 Gw-lichaam is naar mijn idee niet meer relevant. Ik zou zeggen: óf je beargumenteert dat het er niet toe doet of iets in een bepaalde categorie valt, óf je beargumenteert dat iets wel in die categorie valt. Bij bevestigende beantwoording van de eerste vraag heb je het antwoord op de tweede vraag niet meer nodig. Maar afgezien hiervan: hoewel in de wetsgeschiedenis gesproken wordt over het toekennen van de vrijstelling aan zoveel mogelijk 'lichamen', worden deze in de wetstekst gespecificeerd. Daarmee wordt aan de genoemde categorie van art. 134 Gw wel degelijk een beperkende betekenis toegekend. Van een kennelijke misslag van de wetgever lijkt me hier geen sprake: als deze bedoeld had een zeer ruime categorie overheidsinstellingen vrijstelling te verlenen, dan had deze in de wetstekst naar mijn idee de term 'lichamen met een overheidstaak' (naar analogie met art. 2:1 lid 2 BW), of 'rechtspersonen naar publiekrecht' gebruikt.

12. Het feit dat de wetgever in art. 51 lid 4 Organisatiewet de vrijstellingen voor het Kadaster ten behoeve van de verzelfstandiging expliciet heeft geregeld versterkt deze lezing. Dat vindt de Hoge Raad niet, zie r.o. 3.5, en hij overweegt bovendien dat het ontbreken van enige verwijzing naar de WBR in de totstandkomingsgeschiedenis van de Organisatiewet 'daarbij een rol' speelt. Ik denk dat het ontbreken van enige verwijzing *a fortiori* erop wijst dat de wetgever art. 15 lid 1, aanhef en onder c WBR niet van toepassing acht op het Kadaster. Was de wetgever ervan uitgegaan dat art. 15 lid 1, aanhef en onder c WBR wel van toepassing is, omdat nu eenmaal 'zoveel mogelijk'

overheidsinstellingen zouden moeten profiteren van de vrijstelling, dan had hij geen expliciete vrijstellingen geregeld. Wellicht dat dan wel iets te vinden was geweest in de totstandkomingsgeschiedenis, al acht ik de kans niet groot. Want waarom zou de totstandkomingsgeschiedenis woorden wijden aan iets dat al geregeld is?

13. Het arrest heeft verstrekkende gevolgen aangezien voor (zelfstandige) a-organen met rechtspersoonlijkheid dezelfde redeneringen mogelijk zijn. En vallen dan niet ook alle zogenaamde b-organen onder deze vrijstelling, althans voor zover deze een publieke taak uitvoeren? Er is wat voor te zeggen om zoveel mogelijk overheidsinstellingen te laten profiteren van deze vrijstelling met het oog op het vestzak-broekzak-argument, maar dat lijkt me dan wel een politieke keuze, die niet des rechters is.

Mr. W.P. Boor, docent afdeling staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam